

第十二届国际投资法专题研讨会综述

温志媛*

2018 年 7 月 30 日至 31 日,由中国国际经济法学会主办、商务部条约法律司支持、厦门大学国际经济法研究所和厦门大学法学院国际投资争端解决研究中心承办的第十二届国际投资法专题研讨会在厦门鹭江佻家酒店召开。国际投资法专题研讨会曾作为厦门“九八”国际投资贸易洽谈会投资法专题分会召开,至今已经成功举办了十一届。作为一个“官员+学者+律师”相结合的平台,长期以来,国际投资法专题研讨会为我国应对国际投资法领域的政策酝酿、调整、挑战提供了不同阶段的策应。商务部条约法律司十年来一直积极支持此项重要的学术活动,历次会议均派出代表参会并作主旨发言。本次会议的与会代表包括来自商务部、全国各高校以及国内各知名律所的近 30 位专家学者,针对国际投资争议解决机制改革这一问题展开了深层次探讨,具体专题包括“当前投资者国家争端解决机制(以下简称 ISDS)存在的问题”“投资法庭和上诉机制改革方案”“仲裁员规则改革方案”“中国的立场”“‘一带一路’投资法治建设”。

商务部条约法律司的王一处长、王优西副处长、孙昭副处长、田宸先生,中国香港特别行政区律政司的丁国荣博士、吴明仲律师,中国香港特别行政区工业贸易署的李景伯主任、文燕明主任,上海对外经贸大学法学院张庆麟教授,武汉大学国际法研究所漆彤教授、肖军副教授,西安交通大学法学院张生副教授,复旦大学法学院梁咏副教授,中山大学法学院梁丹妮副教授,苏州大学王健法学院朱明新博士,广西师范大学李庆灵副教授,昊理文律师事务所赵德铭律师,竞天公诚律师事务所胡科律师,金诚同达律师事务所金笛律师,厦门大学法学院曾华群教授、李国安教授、徐崇利教授、陈辉萍教授、蔡从燕教授、韩秀丽教授、池漫郊教授等以及厦门大学国际法专业的师生参加了本次研讨会。

陈辉萍教授主持了开幕式,曾华群教授、王一处长、李国安教授分别致辞。曾华群教授认为,今年的国际投资法专题研讨会聚焦 ISDS 改革问题中的新对策和新情况,相关的研究应该更具有宏观视角,应当在历史背景中对具体制度展开研究。王一处长认为,长期以来,国际投资法专题研讨会紧跟前沿、热点、重点,组织专家学者进行了深入的研讨,形成了一大批高质量的成果,对理论界和实务界都产生了重大影响,为立法、谈判、争端应对提供了很好的智力支撑。本次研讨会恰逢其时,联合国国际贸易法委员会(以下简称 UNCITRAL)第三工作组已于 2017 年启动 ISDS 改革。改革是必要的也是紧迫的,但是各国对于改革的方向和方案存在重大分歧。随着“引进来、走出去”和“一带一路”倡议的推进,我国的国际投资争端也会增加。在处理和应对投资争端的过程中,也引发了我们如何用好国内国际这两套规则的思考。在国内规则中,如何推进《外国投资法》和负面清单的

* 厦门大学法学院国际法专业 2017 级博士研究生。

制定?在国际规则上,如何以更加积极的姿态参与和制定国际规则、研究制定中国的立场和方案?本次研讨会所形成的思路和对策,将为形成中国方案贡献智慧。李国安教授主要介绍了一下承办单位所在的厦门大学法学院。厦门大学法学院历史悠久、人才济济,与商务部形成了长期的多领域的合作关系,为本次研讨会的顺利召开奠定了良好的基础。

一、当前 ISDS 机制存在的问题

专题一由孙昭先生主持。梁丹妮副教授、韩秀丽教授、张生副教授先后以“对 ISDS 裁决一致性 & 上诉机制的再思考”“论投资者—国家仲裁的纠错机制”“国际投资仲裁中条约解释方面的问题及完善对策”为题进行了发言。蔡从燕教授担任本专题的评议人。

梁丹妮副教授以“对 ISDS 裁决一致性 & 上诉机制的再思考”为题进行了发言。她认为,裁决一致性是改革的起点,也是改革的归宿。很多国内外学者已经对一致性问题进行了深入研究,她更关注的是裁决一致性在现阶段的严重程度是否足以引发 ISDS 改革以及上诉机制的建立是否能够解决裁决不一致的问题。她将裁决不一致分为同一事实认定不一致、同一条约条款的解释不一致、不同条约相似条款的解释不一致,并将不一致的原因归结于仲裁员、国际投资协定(以下简称 IIA)体系、ISDS 裁决的司法审查体系三个方面的原因。仲裁员自身可能因为合理的认知差异或者利益驱动导致裁决不一致; IIA 体系的碎片化也可能导致裁决不一致; ISDS 裁决司法审查体系具有多元化的特点,也会对裁决不一致产生重大的影响。在国际投资仲裁的实务界中,有人认为裁决不一致的严重程度被高估了,主要理由包括:第一,东道国最关心的政策空间问题日益得到重视。目前已有 64% 的仲裁案作出了裁决,在多数案件中,主权和私人投资者利益之间的平衡问题得到了 ISDS 机制的重视,由此形成了仲裁裁决和条约谈判之间的良性互动。联合国贸易和发展会议(UNCTAD)在 2018 年 5 月份发布的报告中认为,ISDS 机制仍然是缔约国谈判的重要内容。第二,当地救济得到重视。即使条约中没有规定以用尽当地救济为前提,仲裁庭仍然重视东道国救济方式的作用,尤其是在以条约为基础和以合同为基础的争议相交织的领域。第三,裁决救济方式的趋同。以条约为基础的争议和以合同为基础的争议都不约而同地选择金钱赔偿这一救济方式。但是,也有人认为裁决不一致已经威胁 ISDS 体系的正当性,目前形成了两套解决方案。一是通过 ISDS 机制自愈。这一方案的效果也显著可见。在国际投资仲裁大量出现之初,裁决不一致的问题比起今日更加严重。随着仲裁员自身素质的完善、事实先例发挥作用,不一致的问题已经得到改善。二是上诉机制。她认为这一方案虽然可以改善裁决不一致问题,但并不能完全让裁决一致化。美国是最早在投资条约中提出上诉机制设想的国家,但时至今日,这一设想仅止步于文本。究其原因,就在于现有国际投资法环境不适合上诉机制,上诉机制的现实需求不足,而且上诉机制将导致更恶劣的后果。上诉机制方案如果要真正实施,还需要解决与撤销机制之间的协调、上诉机制成员的选任等一系列问题。

韩秀丽教授以“论投资者—国家仲裁的纠错机制”为题进行了发言。她认为“纠错机制”是一个狭义的概念。在 ICSID 官网中通常采取“裁决后救济”(award remedy)或者“后续程序”(follow-on proceedings)等中性的概念,有时也表述为“挑战投资者—国家仲裁的方式”。虽然她在本次发言中采取“纠错机制”这一表达,但是实际上包括了上述所有概念。她将投资者—国家仲裁的纠错机制分为 ICSID 仲裁和非 ICSID 仲裁中的纠错机制。ICSID 仲裁的纠错机制是一种体制内的纠错,可以依投资者或者东道国的申请提起,一般具有时效限制。具体纠错方式分为补充、纠正、解释、修改、

撤销。补充和纠正针对的是疏忽造成的遗漏和小的错误;解释是对裁决的解释,不具有时效限制;修改针对的是发现了影响裁决结果的新事实。而最受重视的纠错方式是撤销。撤销程序是指原仲裁的争端当事方依据《ICSID 公约》第 52 条及《ICSID 仲裁规则》第 50、52—55 条规定的理由和程序,向 ICSID 秘书长提出撤销申请,由 ICSID 行政理事会主席任命专门撤销委员会作出是否撤销原仲裁裁决的决定。ICSID 裁决可因被撤销而丧失法律约束力,从而使当事方的法律关系回复到初始状态。撤销的理由有五种,包括仲裁庭的组成不适当、仲裁庭显然超越其权力、仲裁庭的成员有受贿行为、有严重背离基本程序规则的情况、裁决未陈述其所依据的理由。通过案例分析,她总结了撤销委员会的标准,即原则上撤销程序不触及实体问题、实行最低标准要求、承认仲裁庭的广泛自由裁量权。她进一步认为,《ICSID 公约》规定的撤销理由极为有限而且标准很高,这虽然有助于维持裁决的终局性,却使得裁决的正当性和正确性难以得到保证。另一方面,非 ICSID 裁决纠错机制包括撤销程序、拒绝承认与执行。UNCITRAL《国际商事仲裁示范法》《纽约公约》、各国仲裁法规定的拒绝承认与执行的理由大体上相似,主要包括仲裁协议无效、未给予适当通知或当事人未能申辩、仲裁员超越权限、仲裁庭的组成或程序不当、裁决对当事人尚未发生约束力或已被撤销或停止执行等。撤销和拒绝承认与执行的理由大致相同,只是在两个不同的阶段进行。但是,这两者的效力范围不同。撤销使得裁决丧失法律效力,而拒绝承认与执行的效力范围只限于法院地国。另外,对于非 ICSID 裁决而言,撤销程序开始前还需要一个独特的步骤,即确认仲裁地,从而确定受理撤销仲裁裁决申请的法院。她分析了厄瓜多尔诉 Chevron Corporation 和 Texaco Petroleum Company 案、Crystallex International Corporation 诉委内瑞拉案等代表性案件,并认为非 ICSID 裁决纠错机制的作用也比较有限。

张生副教授以“国际投资仲裁中条约解释方面的问题及完善对策”进行了发言。他认为条约解释在国际法中的重要性不言而喻。不同学者对国际投资仲裁中的条约解释提出了不同的主张。在 Yukos 诉俄罗斯案中,仲裁庭认为 VCLT 限制了仲裁庭的扩大或限制解释。但是仔细观察国际投资仲裁的实践,条约解释中存在不一致的问题。解释不一致的一个典型例子是保护伞条款。在 SGS 诉巴基斯坦案和 SGS 诉菲律宾案中,两个仲裁庭分别采取了限制性解释和有效解释的方法。在很多国际法学者看来,限制性解释不具有习惯国际法的地位,在国际法院的实践中也很少用到。后一个案件的仲裁庭对前一个仲裁庭的解释提出了批评,认为限制性解释不能令人信服。而在 CME 诉捷克案和 Lauder 诉捷克案中,虽然两个案件的仲裁庭都表示依据 VCLT 解释,但是基于相同的事实却得出了不同的结论,甚至是先达成了仲裁庭的一致意见再反推进行解释。这两个案例暴露出 ISDS 机制的可信度和可预见性不足的问题。条约解释还存在与投资协定的“公法”属性相冲突的问题。当条约解释存在不确定性的时候,有的仲裁庭选择从保护投资者的角度出发进行解释,而忽略了对东道国公共政策的考量。这两个问题背后的原因主要有四点:一是源于对条约解释方法的错误适用,二是对双边投资协定属性的错误解读,三是对国际商事仲裁制度的依赖,四是投资法领域的“双边主义”。他提出应正确适用条约解释方法、鼓励缔约国的有权解释、设立上诉机制、重视先例裁决,才能更好地解决国际投资仲裁在解释方面的问题。

在评议阶段,蔡从燕老师认为个案解释的不一致并不是 ISDS 机制需要改革的主要原因,裁决本就不可能完全一致。而尽管韩秀丽老师所提到的“纠错机制”的范畴较广,但“纠错机制”是促使 ISDS 改革的原因之一。他提出,ISDS 机制需要改革的更主要原因是随着投资争端数量的不断增加,投资仲裁对主权国家提出的挑战超出了投资法领域本身。

二、投资法庭和上诉机制改革方案

专题二由蔡从燕教授主持,主题为“投资法庭和上诉机制改革方案”。肖军副教授、梁咏副教授先后以“未来多边投资法庭的模式选择:以欧盟投资法院建议为鉴”“WTO 上诉机制变革背景下对投资法院机制的再思考”为题进行了发言。张庆麟教授担任本专题的评议人。

肖军副教授以“未来多边投资法庭的模式选择:以欧盟投资法院建议为鉴”为题进行了发言。国际社会针对 ISDS 改革提出了不同的应对措施和改革建议。其中,欧盟提出了投资法院的建议并积极推动多边投资法院的谈判。投资法院机制区别于传统 ISDS 机制的一个特点是设立了常设机构。在传统 ISDS 机制下,因为在不同案件中担任不同职务处理同一问题,仲裁员可能存在利益冲突问题;因为投资者是启动仲裁的一方,如果仲裁员作出有利于投资者的裁决,可以间接地增加仲裁员的收入,仲裁员可能面临利益刺激问题;因为受当事方任命,仲裁员可能偏向于任命方面而面临“道德危机”问题。而在常设投资法院中,缔约方按照国籍事先任命法官,法官们将轮流审理具体争端,有利于扩大裁判者来源、削弱利益刺激。但是,常设投资法院也不是一个完善的制度。由于法官不是全职工作,审案仍然按时计费,利益刺激并未完全消除;仅由国家任命法官可能导致裁决偏向于国家;初审法官和上诉法官存在报酬差距。投资法院机制区别于传统 ISDS 机制的另一个特点是设立了上诉机制。上诉机制旨在解决裁决的不一致问题和纠错问题。他进一步提出,初审法院和上诉法院的两级常设机构设置缺乏必要性。理由在于单个 IIA 下的争端数量有限、两级常设法院功能重合、初审法官和上诉法官报酬差异并不合理。他进而分析了投资法院机制的三种可能模式,即包括初审法院和上诉法院的两级多边投资法院、不设上诉机制的多边投资法院、多边投资上诉法院。模式一是两级多边投资法院,其优点在于完全取代了现有临时仲裁,克服了临时仲裁的缺陷,而且由于多边层面的案件数量较双边更多,上诉法院在一致性和纠错方面能够发挥更大的作用。但是,这一模式的缺点在于两级法院的功能存在重合。模式二是不设上诉机制的多边投资法院,其优点在于既完全取代了现有临时仲裁,而且避免了两级法院功能重合造成的缺陷。但是缺点在于难以满足案件数量的需要,而且管辖权范围难以确定。模式三是多边投资法院,其优点在于具有常设机构和上诉机制两大特色,有利于发挥常设机构和上诉机制各自的优点,而且由于上诉法院只处理法律问题,任务负担较小,有效避免了功能重合的问题,另外这一模式的财政成本和政治成本较低,能够与现有临时仲裁庭各司其职、相互补充。鉴于上述优点,他认为多边投资上诉法院更具有现实可行性,是改革的最佳选择。

梁咏副教授以“WTO 上诉机制变革背景下对投资法院机制的再思考”为题进行了发言。她认为,投资法院机制中的上诉机制经历了三个阶段的演进。第一阶段是 2014 年欧盟与加拿大《综合经济与贸易协定》(以下简称 CETA) 无上诉模式。2014 年 CETA 在前言、第 23 章、第 24 章等章节提及应在合适范围内采取措施保护社会公共利益,但在第 10 章(投资)中没有相关规定,仍然采用了“仲裁庭”“仲裁员”等具有明显仲裁特征的表述,而且允许当事人选择仲裁员,也没有规定上诉机制,基本属于对原有 ISDS 机制的改良。第二阶段是 2015 年《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(以下简称 TTIP) 上诉法庭司法模式。TTIP 投资章节规定试图构建一套类似于 WTO 争端解决机制的准司法化机制。具体表现为:第一,具有初审法庭(tribunal of first instance)和上诉法庭(appeal tribunal)双层机制,并明确了上诉法庭的审查权限;第二,完善法官选任机制,TTIP 投资章节中对固定法官名

单、任职期限、竞业禁止及法官资质等有详细规定,初审法庭法官由具有欧盟成员国国籍、美国国籍和第三国国籍各五名仲裁员构成,任期6年,可连任一次,审理案件的分庭由三名法官组成,初审法庭的法官们将轮流担任分庭的法官;第三,常设法庭机制目前虽仅为缔约方之间的双边仲裁庭,但未来意图发展为一个多边投资法庭和/或多边上诉机制。第三阶段是2016年CETA、2016年《欧盟与越南自由贸易协定》(以下简称EUVFTA)、2018年《欧盟—新加坡自由贸易协定》(以下简称EUSFTA)的初审法庭/上诉法庭的仲裁/司法混合模式。2016年CETA呈现以下特点:第一,设立了强制性磋商和调解程序,并对磋商的时效和最长期限作了规定;第二,欧盟根据涉诉措施由谁采取决定究竟应由欧盟还是由欧盟成员国作为被申请人;第三,明确了投资法庭的架构特别是上诉法庭的权限,上诉法庭有权对仲裁庭裁决作出支持、修改或撤销的决定;第四,将仲裁与诉讼特征结合,CETA文本既没有采用“法院”和“法官”这种明显司法化术语,也没有采用传统投资条约通常使用的“仲裁庭”“仲裁员”的表述,而是采用了“法庭”(tribuna)、“成员”(member)等中性术语;第五,法庭成员必须独立,不隶属于任何政府,也不接受任何组织或政府就争端有关事项作出的指示,分庭法庭成员组成由CETA联合委员会主席任命,剥夺了争端当事双方指定的权利;第六,借鉴了2006年《ICSID仲裁规则》,引入两种快轨驳回程序、临时保护措施、非争端方参与等规则。2018年EUSFTA第3.10.5条基本沿袭了2016年CETA要求。但是,投资法庭机制存在着对投资者利益的损害、不一致、碎片化、程序拖沓、权限模糊、裁决属性存在争议等缺点。

虽然欧盟力推投资法庭机制,欧盟主要成员国也不反对在投资法庭机制中建立上诉机制,但是这一主张可能招致日本和美国的反对,联合国国际贸易法委员会对ISDS改革的专项讨论和《G20全球投资指导规则》尚未体现出对这种改革的关切。反思目前WTO上诉机制遭到的质疑,投资法庭的上诉机制中存在的问题也应提前预防。中国应该对上诉机制的机构、范围、程序、成本、成员、限制、性质等问题提前作具体准备。晚近中国政府在构建中国特色的ISDS机制方面也作出了重大尝试和努力。2016年10月26日,深圳国际仲裁院发布了2016年版《深圳国际仲裁院仲裁规则》《深圳国际仲裁院关于使用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》和《华南国际经济贸易仲裁委员会海事物流仲裁特别规则》。目前ISDS机制虽然存在各种问题,但是总体上比较成功,“因噎废食”推翻整套ISDS机制是不切实际的。目前欧盟投资法庭机制下的上诉机制方案也并不完善。无论是欧盟投资法庭机制还是中国推进的ISDS机制改革,都希望凭借后发优势,创设更有利于公平合理解决争端的制度。

在评议阶段,张庆麟老师认为需进一步完善对多边投资上诉法庭的理论论证。WTO上诉机制和ISDS机制存在的问题类似。他认为中国应该主动加入WTO和ISDS改革,提高国际规则制定的话语权。

三、仲裁员规则改革方案

专题三由韩秀丽教授主持,主题是“仲裁员规则改革方案”。朱明新博士和李庆灵副教授分别以“投资仲裁员的独立性与公正性问题研究”和“国际投资仲裁中的事项冲突”为题进行了发言。胡科律师担任本专题的评议人。

朱明新博士以“投资仲裁员的独立性与公正性问题研究”为题进行了发言。他总结了独立性和公正性标准的演变。投资者—国家仲裁制度由国家—国家仲裁演化而来,演化起点是《杰伊条约》

组建的国际求偿委员会制度,该条约标志着国际仲裁性质的变化,即从外交性质转向司法性质。这一变化的核心在于裁决者角色的转变,即从指定方支持者转向独立于指定方的中立裁判者。而裁决者角色的转变又可分为四个阶段,即《杰伊条约》组建的委员会阶段、阿拉巴马求偿委员会阶段、委内瑞拉混合求偿委员会阶段、投资者—国家仲裁制度阶段。目前,《ICSID 公约》及其仲裁规则确立的仲裁员独立性和公正性机制主要由三个部分组成,即仲裁员独立性和公正性的规定、仲裁员的披露义务、当事方的质疑权利。《ICSID 仲裁规则》第9条确立了质疑程序的具体步骤,包括质疑的基础、质疑的提起时间、谁提交给谁以及产生的程序效果、争端方或被质疑仲裁员提交意见书、由谁最初最终决议以及可能产生的程序效果。截至2014年9月1日的统计数据显示,5.2%的投资仲裁案件中适用了质疑程序,而且大多集中在2010—2014年期间。其中有57个案件,当事方质疑了一个以上仲裁员或多次质疑一个仲裁员。提出质疑的国家主要集中在南美洲,阿根廷和委内瑞拉是提出质疑数量最多的两个国家。质疑实践中通常采取严格标准或者合理怀疑的两步走标准,抑或上述两种标准的混合。质疑实践中确立的可能诱发明显缺乏独立性和公正性的情形主要包括专业关系、个人关系、案件或出版物中表达的观点、重复指定以及多重角色等情形。质疑程序最终导致30%案件的仲裁庭重组。仲裁员质疑程序当前存在的问题主要包括质疑的门槛过高、由非质疑仲裁员裁定、质疑依据太过普通、当事方指定仲裁员和独立性公正性要求存在天生矛盾。从整体上看,质疑程序更关注仲裁员行为和声明,而不关注仲裁员心理。结果导致仲裁员共同体相互保护,提高了ICSID框架下仲裁员质疑门槛。投资者—国家仲裁机制的生命力在于使用者对这种制度的信心,而使用者信心构建在机制的合法性和合理性基础之上。机制的合法性和合理性取决于决策作出者的独立性和公正性。在分析准据法和程序规则之外,也要分析仲裁员如何以及为何作出裁决。由于每个仲裁员都是业余心理学家,所以心理学相关规律可以保证仲裁员独立性和公正性提供新视角和路径。从心理学视角下,他提出应关注影响仲裁员独立性和公正性的心理因素,例如仲裁程序软法、仲裁员的偏好、既得利益、自我欺骗、无意识盲点、性别、年龄、文化差异等等。

李庆灵副教授以“国际投资仲裁中的事项冲突”为题进行了发言。事项冲突是仲裁员因其之前就某一法律问题或事项存在先入为主的立场或倾向性,与其在仲裁庭中应当独立、公正地解决任何法律问题的责任所产生的冲突。事项冲突在Caratube International & Mr Hourani诉哈萨克斯坦案、EDF International S. A诉阿根廷案、Universal Compression诉委内瑞拉案、Urbaser SA诉阿根廷案中都有所体现。目前判断事项冲突主要依据的是“客观第三方合理判断”标准。事项冲突的风险控制可以从两个方面着手。对于争端当事方而言,可以细化仲裁员行为守则、申请回避。对于仲裁员而言,可以尽量避免同时身兼多职,及时披露相关信息。目前《国际律师协会利益冲突指南》将冲突情形和披露义务分为四类:第一,不可弃权红色清单,仲裁员即使披露了此类情形,也不能消除利益冲突;第二,可弃权红色清单,此类情形仅在双方当事人知晓此种利益冲突,仍明示同意该人士依然可担任仲裁员时,才视为对此情形放弃异议权;第三,橙色清单,仲裁员有义务披露该清单规定的情形,在仲裁员披露后,除非当事人及时反对,否则即视为其已接受该仲裁员;第四,绿色清单,仲裁员没有义务披露该清单包含的情形。

在评议阶段,胡科律师认为目前仲裁存在高度产业化、仲裁员投入不足、观点鲜明的仲裁员更易获得指定等问题。分析影响仲裁员的心理因素具有很强的实践意义。事项冲突分为抽象的冲突和具体的冲突,其中如何解决具体的冲突更值得重视。

四、中国的立场

专题四由赵德铭律师主持,主题是“中国的立场”。漆彤教授和张庆麟教授分别以“ISDS 改革的中国立场研究”和“常设国际投资法院:原则、路径以及制度设计”为题进行了发言。徐崇利教授担任本专题的评议人。

漆彤教授以“ISDS 改革的中国立场研究”为题进行了发言。以条约为基础的国际投资仲裁在投资者与东道国争端解决机制中扮演了关键的角色,也暴露出越来越多的问题。针对这些问题,各界在不同层面上正就改革方法进行广泛的辩论。尽管对 ISDS 改革的必要性日益形成共识,但就改革的范围和方式却分歧颇大、意见不一。中国在国际资本流动中扮演着越来越重要的角色,需要在全球投资治理方面发表自己的看法,目前正处在改革方案选择的十字路口。漆彤分析了影响 ISDS 改革的考量因素,主要包括投资者的需求、国家的需求、仲裁员、学者、公民社会、公平和效率、体系性、全球治理格局与地缘政治博弈等。他总结了中国在外商直接投资(FDI)、双边投资协定(BIT)、ISDS 中的经验和诉求。在 FDI 中,流向发达国家的海外投资更关注非歧视待遇下的投资准入和自由化,而流向发展中国家的海外投资,更关注投资保护和便利化。在 BIT 中,三代 BIT 分别具有限制、开放、平衡的不同特点,而中国目前紧跟着 BIT 改革的步伐,在条约谈判方面达成了不错的成果。在 ISDS 中,中国整体而言经验有限,更关注 ISDS 中第一代 BIT 同意事项的扩大解释、是否适用于港澳地区、新旧条约衔接、国有企业等问题。中国在 ISDS 改革中应考虑采取多头并进和中间路线的方案。在主体上,积极参与多元化时代的机构竞争。目前中国建设了自己的投资者—国家仲裁机构,例如中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)。中国也正酝酿与“一带一路”沿线国家成立争端预防与解决组织。在程序上,在去商事化背景下在多元争议解决方式中融入中国元素。中国应该支持的议题主要包括上诉机制、替代性争端方式、多元化解解决、便利化提议、与“一带一路”倡议对接等;应谨慎、保守对待的议题主要包括透明度、法庭之友、非政府组织等。在实体上,要推动新一代范本的制定和多边投资条约谈判。虽然短期内投资法治多元化将进一步加剧,我国仍应坚持国际法治与中国立场相统一、理论构想与现实可能相统一、改革进取与不忘初心相统一,积极推动投资法庭和区域性争议预防与解决中心的机构建设,积极参与核心议题的讨论。

张庆麟教授以“常设国际投资法院:原则、路径以及制度设计”为题进行了发言。他分析了常设国际投资法院设立的主要原因,一是 ISDS 具有主体特殊性、争议公法性、合法性需求的特点;二是常设国际投资法院可以弥补现有机制在一致性、可预测性、纠错性、利益冲突性、机构成本方面的不足;三是常设投资法院相较于国家—国家间争端解决机制、国内法院机制更具有比较优势。他进一步提出,常设国际投资法院设立应秉承平衡投资者私人利益与国家公共利益的原则,采取欧盟模式或 ICSID 模式的设立路径。其制度设计应主要包括法庭的性质、上诉机制、受案范围、仲裁员或法庭成员的指定和选任、法庭的规则、裁决的承认与执行。他认为中国应该积极参与 ICSID 改革、欧盟的多边谈判、相关的国际论坛,同时还应设计自己的方案。

在评议阶段,徐崇利教授认为改革的初衷是克服争端解决机制的合法性危机。现有各种方案在何种程度上能解决危机存在争议。因此,从理性选择的角度,哪种方案都是可以考虑的。另外,中国的崛起是复杂的,单一选择也许并不可行。选择何种争端解决机制还要考虑谈判的对手方。关键在于具体的制度设计,需要仔细研究具体制度设计中对中国的有利和不利之处。

五、“一带一路”投资法治建设

专题五由池漫郊教授主持,主题是“‘一带一路’投资法治建设”。陈辉萍教授和曾华群教授分别以“国际投资仲裁的大数据分析与‘一带一路’投资法治建设”和“‘一带一路’国际合作的 ISDS 机制”为题进行了发言。漆彤教授担任本专题的评议人。

陈辉萍教授以“国际投资仲裁的大数据分析与‘一带一路’投资法治建设”为题进行了发言。大数据分析是利用电脑建立数据分析模型,对海量数据进行处理和分析,通过数据之间特有的相关关系,来发现许多有关联、有价值的结论。全球投资者对东道国已提起约 900 个仲裁案件,已经走完仲裁程序、形成最终裁决的案件约 500 起,因和解或其他原因而结案或终止的案件约 260 起。她认为,通过大数据分析可以对浩瀚的国际投资仲裁案件进行精准研究,并且找到案例相关因素之间的潜在关系,不仅可以验证研究结论,还可以发现新的问题,从而为投资条约改革提供些许实证佐证或新思路。目前她已经开始将投资仲裁文书转化为可处理的数据,并根据投资仲裁案件及其信息的特性和规律,开始尝试编写可适用的电脑程序和建立相关模型,以便对前述整理好的数据进行处理和分析。在“一带一路”投资法治建设中运用大数据分析有助于建立风险预警和防范机制、完善国际投资协定、助力投资争议解决。她以捷克为例展现了大数据分析方法的实际运用。

曾华群教授以“‘一带一路’国际合作的 ISDS 机制”为题进行了发言。“一带一路”倡议的任务包括“政策沟通,设施联通,贸易畅通,资金融通,民心相通”。在法律层面,主要关注广义的政策,包括国内政策法律和国际法制。由于“一带一路”国际合作主要通过市场运作,需要国际法和国内法促进、调整和保障。对各个具体合作项目而言,相关国际法、国内法构成宏观法制环境或基础,特定合同则是具体实施的法律根据和保障。在国际法层面,“一带一路”国际合作的法律框架包括多边方式、区域贸易协定、双边方式。在多边层面,以中国参与创建的亚洲基础设施投资银行、新丝路基金、金砖国家新开发银行为代表的新国际经济体制与传统国际经济体制并存。在区域层面,中国积极参与区域贸易协定实践,先后与东盟、澳大利亚、智利、哥斯达黎加、中国香港、韩国、中国澳门、新西兰、新加坡、冰岛、巴基斯坦、秘鲁、瑞士、中国台北、挪威等签订了区域贸易协定。中国还参与创建新型合作发展组织或机制,如上海合作组织和金砖国家机制等。在双边层面,中国可与广大发展中国家共同创建新的国际投资规范,对发达国家与发展中国家之间的 BIT 实践产生影响,进而影响 BIT 实践的整体发展趋向。“一带一路”ISDS 机制应确立“共同发展”的 BIT 目标、“可持续发展”和“共同发展”的 BIT 模式,遵循“改革传统国际投资条约体制+创建国际投资条约新体制”的路径。我国目前积极参与创建“一带一路”ISDS 机制,不仅积极推广利用中国和中国香港现有调解和仲裁机构、积极参与 ICSID 和 BIT 的改革,而且创建了国际商事法庭和“一带一路”争端解决机制等新机制。

在评议阶段,漆彤教授从案例的筛选、数据的搜集、分析的应用等方面提出了完善大数据分析方法的建议。他还认为“共同发展”的 BIT 模式具有号召力和说服力,可以助力我国“一带一路”投资法治建设。

2018 年 7 月 31 日午时,研讨会在热烈的讨论中落下帷幕。在闭幕式上,王优西先生和徐崇利教授作了小结,丁国荣博士代表香港特别行政区代表团致谢。本次国际投资法专题研讨会圆满结束。

(责任编辑:宋倩)